

VU Research Portal

Schadebeperking en de verplichting om passende arbeid te verrichten

Opdam, M.

published in

Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Opdam, M. (2009). Schadebeperking en de verplichting om passende arbeid te verrichten. *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 2009(3), 100-108.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Schadebeperking en de verplichting om passende arbeid te verrichten

Mevrouw mr. M. Opdam *

1. Inleiding: overlapping van twee rechtsgebieden

Steeds wanneer een letselschadeslachtoffer ook werknemer is, krijgt hij tegelijkertijd te maken met de schadebeperkingsplicht uit het aansprakelijkheidsrecht en de re-integratieverplichtingen uit het arbeidsrecht. Inhoudelijk komen deze verplichtingen echter niet overeen. Bij de re-integratieverplichtingen in het arbeidsrecht speelt de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer een belangrijke rol. Bij de schadebeperkingsplicht in het aansprakelijkheidsrecht staat echter niet de verantwoordelijkheid van de benadeelde, maar die van de dader voorop. Bij de te verlangen inspanningen in het kader van de schadebeperkingsplicht dient terughoudendheid te worden betracht, want het is nu juist de aansprakelijke partij die de benadeelde in de situatie heeft gebracht waarin hij verkeert.¹ De verschillende verplichtingen kennen een eigen context. Een belangrijk doel van de re-integratieverplichtingen in het arbeidsrecht is het voorkomen van een beroep op de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). Hier speelt dus een collectief belang een belangrijke rol. In het aansprakelijkheidsrecht speelt bij de vraag naar de reikwijdte van de schadebeperkingsplicht een collectief belang slechts op de achtergrond een rol. De schade zal immers in het algemeen gedekt zijn door een verzekering. Voor de aansprakelijke partij is het aantrekkelijk om te betogen dat een letselschadeslachtoffer gehouden is om aan zijn arbeidsrechtelijke re-integratieverplichtingen te voldoen, aangezien een geslaagde re-integratie de schadelast zal beperken. In deze bijdrage wordt besproken wat de betekenis is van de re-integratieverplichtingen voor de schadebeperkingsplicht, en omgekeerd. Hierbij ligt de focus op de arbeidsrechtelijke verplichting om 'passende arbeid' te verrichten.²

2. De schadebeperkingsplicht

2.1 Uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht

Twee belangrijke functies van het aansprakelijkheidsrecht zijn vergoeding en herstel.³ Schadevergoeding heeft tot doel om de benadeelde zo veel mogelijk terug te brengen in de oude situatie. Is feitelijk herstel niet langer mogelijk, dan is vergoeding op haar plaats. Herstel gaat dan ook vóór vergoeding.⁴ Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat herstel bij letselschade vaak maar beperkt mogelijk zal zijn. Een werknemer die het slachtoffer wordt van een ongeval waarvoor een derde aansprakelijk is, zal het werk dat hij deed vóór het ongeval, na de schadetoebrengende gebeurtenis mogelijk niet langer kunnen verrichten. In dat geval kan vergoeding voor verlies aan arbeidsvermogen op haar plaats zijn.⁵

Als het gaat om de schadebeperkingsplicht van een letselschadeslachtoffer is het leerstuk van de zogenoemde predispositie van belang. Dit leerstuk houdt in dat 'ook gevolgen die zijn terug te voeren op een bijzondere lichamelijke of geestelijke zwakte van de benadeelde, als het gevolg van de onrechtmatige daad of wanprestatie aan de aansprakelijke partij moeten worden toegerekend'.⁶ Illustratief is het arrest Henderson/Gibs, ook bekend als het 'Renteneurose-arrest'.⁷ Henderson was tijdens een carnavalsoptocht op de Antillen door politieagent Gibs geslagen met de wapenstok. Ten gevolge van de slagen met de wapenstok had Henderson geestelijk en fysiek nadeel onderzocht, bestaande in hoofdpijnen, geheugenstoornis en algehele achteruitgang van zijn intellectuele capaciteiten. Henderson vorderde schadevergoeding voor dit ondervonden nadeel. Het hof wees de vordering van Henderson af, nu bij Henderson sprake was van een neurotische behoefte een vergoeding te krijgen. De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het hof en oordeelde dat bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel, de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in

* Mevrouw mr. M. Opdam is promovendus aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VUmc. Met dank aan prof. mr. A.J. Akkermans en prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens voor hun commentaren op eerdere versies van deze bijdrage.

1 A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 118-119.

2 Behandeling van de overige re-integratieverplichtingen, zoals het ondergaan van een medische behandeling, valt buiten het bestek van deze bijdrage.

3 J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 7 en A.L.M. Keirse, *Wie is bang voor de schadebeperkingsplicht?*, TVP 2002, p. 69-70.

4 S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal*, in: S.D. Lindenberg e.a., *Schade: vergoeden of beperken?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 1-4; A.J. Akkermans e.a., *Excuses in het privaatrecht*, WPNR 2008, p. 780 en Keirse 2002, p. 70.

5 Lindenberg 2004, p. 4.

6 A.J. Akkermans, *Causaliteit bij letselschade en medische expertise*, TVP 2003, p. 94.

7 HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 (Henderson/Gibs).

het algemeen moeten worden toegerekend, ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachting ligt. Het aansprakelijkheidsrecht gaat uit van 'slachtoffervriendelijke' uitgangspunten. De dader dient de benadeelde te nemen zoals hij is.⁸

2.2 De schadebeperkingsplicht

Tegenover het recht op schadevergoeding staat de plicht van de benadeelde om zijn schade te beperken. De schadebeperkingsplicht staat in de sleutel van de 'eigen schuld' van artikel 6:101 Burgerlijk Wetboek (BW). Lid 1 van dit artikel bepaalt dat wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht wordt verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen. Om een vermindering van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij te voorkomen, dient het slachtoffer zijn schade te beperken voor zover dit gezien de concrete omstandigheden van het geval redelijkerwijs van hem kan worden gevergd.⁹ De schadebeperkingsplicht wordt derhalve begrensd door de redelijkheid.¹⁰

Van belang is dat de benadeelde 'door een schadeveroorzakende daad waarvoor de dader aansprakelijk – en veelal verzekerd – is, in de situatie is komen te verkeren die hem tot schadebeperking noopt'.¹¹ Bij de beantwoording van de vraag wat redelijkerwijs van de benadeelde kan worden gevergd, dient daarom terughoudendheid te worden betracht.¹² Bovendien zullen, indien bij de benadeelde sprake is van een persoonlijke predispositie, bij de beantwoording van de vraag wat redelijkerwijs van de benadeelde kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen, de persoonlijkheidsstructuur en privémoelijkheden mede in aanmerking worden genomen.¹³

Schending van de schadebeperkingsplicht heeft een vermindering van de verplichting tot schadevergoeding van de dader tot gevolg. De extra schade die het gevolg is van een dergelijke schending, zal worden verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.¹⁴ Van deze causale verdeling kan worden afgeweken indien de billijkheid dit, wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval, eist.

3. De re-integratieverplichtingen in het arbeidsrecht

3.1 Achtergrond van de re-integratieverplichtingen

Om volume en kosten van de sociale zekerheid te beheersen zijn door de wetgever in de afgelopen jaren diverse maatregelen genomen om ziekteverzuim aan te pakken.¹⁵ Het doel van deze maatregelen is om instroom in de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO; en thans de WIA) zo veel mogelijk te beperken. Behalve financiële motieven om ziekteverzuim terug te dringen, spelen ook sociale overwegingen een rol. Werknemers moeten niet onnodig aan de kant blijven staan.¹⁶ Instroom in de WIA heeft volgens de regering voor de werknemer een minder solide maatschappelijke positie tot gevolg.¹⁷

De maatregelen die in de afgelopen jaren zijn getroffen op het gebied van re-integratie, zijn erop gericht om werknemers zo snel mogelijk weer aan het werk te krijgen. Aan het begin van het ziekteverzuim is de kans op succesvolle re-integratie het grootst.¹⁸ Het BW kent sinds enkele jaren verschillende financiële prikkels om preventie en re-integratie te stimuleren. Deze financiële prikkels liggen bij de individuele werknemer en werkgever.¹⁹ Tevens zijn in titel 10 van Boek 7 BW diverse formele en materiële re-integratieverplichtingen opgenomen. Nu re-integratie een primaire verantwoordelijkheid is geworden van werkgever en werknemer, hangt een adequate aanpak van ziekteverzuim af van het welbegrepen eigenbelang van deze partijen.²⁰

3.2 Passende arbeid

Wanneer een werknemer door ziekte zijn arbeid niet kan verrichten, heeft hij op grond van artikel 7:629 BW gedurende twee jaar recht op doorbetaling van zijn loon. Deze loondoorbetalingsverplichting vormt voor de werkgever een sterke financiële prikkel om de werknemer aan te zetten tot re-integratie. Naast deze financiële prikkel heeft de werkgever ook de wettelijke verplichting om de werknemer te re-integreren. De re-integratieverplichtingen van de werkgever zijn opgenomen in artikel 7:658a BW. Hij dient te bevorderen dat de werknemer de eigen arbeid hervat of, indien dit niet langer mogelijk is, dat de werknemer andere passende arbeid verricht. Indien in het bedrijf van de werkgever geen passende arbeid voorhanden is, dient de werkgever gedurende de eerste twee jaren van ziekte de inschakeling van de werknemer in voor hem passende arbeid in het bedrijf van een andere werkgever te bevorderen.

De re-integratieverplichtingen van de werknemer zijn opgenomen in artikel 7:660a BW. Sub c van dit artikel verplicht de werknemer passende arbeid te verrichten, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt. Onder passende arbeid wordt vol-

8 Keirse 2002, p. 70-71.

9 HR 5 oktober 1979, NJ 1980, 43 (Tauber/Verhey). Zie hierover Keirse 2003, p. 99-100.

10 A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 1965, p. 402 en Keirse 2003, p. 117.

11 A.L.M. Keirse, Terug naar het werk na een ongeval; wie kan wat van wie vergen?, Letsel & Schade 2009, p. 7. Zie ook: Keirse 2003, p. 118-119, Bloembergen 1965, p. 402 en Hof Leeuwarden 9 augustus 2008, LJN BF0772.

12 Idem.

13 HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 (Henderson/Gibs) en HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg).

14 Zie ook: A.L.M. Keirse, Het 'alles of niets'-denken naar de geschiedenis verbannen, AV&S 2005, p. 3-16 en Keirse 2009, p. 9.

15 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 1.

16 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 1 en Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 3.

17 Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr. 3, p. 4.

18 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 2.

19 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 1.

20 Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr. 3, p. 4 en Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 2.

gens artikel 7:658a lid 4 BW verstaan: alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden geleverd. Naarmate de ziekte langer duurt, kan er van de werknemer ook een ruimere opstelling worden verwacht.²¹ In de literatuur is kritiek geuit op dit uitgangspunt, aangezien daarmee uit het oog wordt verloren 'dat er een arbeids-overeenkomst ligt, waarin partijen bepaalde werkzaamheden overeengekomen zijn'.²²

Bij schending van de re-integratieverplichtingen door de werknemer kan de werkgever de loondoorbetaling stopzetten en verliest de werknemer de bescherming van het opzegverbod bij ziekte.²³ In beginsel dient de werkgever eerst de loonsanctie toe te passen alvorens over te gaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.²⁴ Wanneer na afloop van de eerste twee jaren van ziekte toch een beroep wordt gedaan op de WIA, oordeelt UWV de verrichte re-integratie-inspanningen. Indien de werkgever niet heeft voldaan aan zijn re-integratieverplichtingen, kan door UWV het tijdvak van 104 weken waarin de werkgever het loon van de zieke werknemer door dient te betalen, worden verlengd.²⁵

Voor de hoogte van de WIA-uitkering is de restverdiencapaciteit van de zieke werknemer van belang. De restverdiencapaciteit van een werknemer wordt in het kader van de WIA berekend door te beoordelen hoeveel de werknemer nog kan verdienen met het verrichten van alle algemeen geaccepteerde arbeid waartoe hij met zijn krachten en bekwaamheden in staat is. Bij het vaststellen van de restverdiencapaciteit wordt buiten beschouwing gelaten of de arbeidsongeschikte werknemer deze arbeid feitelijk kan verkrijgen.²⁶ Het is een reële mogelijkheid dat het voor de benadeelde feitelijk niet mogelijk is om inkomen te verwerven overeenkomstig de in het kader van de WIA vastgestelde verdiencapaciteit door middel van het verrichten van passende arbeid.

4. Verschillen en overeenkomsten

4.1 *Passende arbeid versus de schadebeperkingsplicht*

Tussen de schadebeperkingsplicht en de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten bestaan verschillen en overeenkomsten. De schadebeperkingsplicht en de re-

integratieverplichtingen zijn beide gericht op herstel. Het doel van de verschillende verplichtingen komt overeen. In het aansprakelijkheidsrecht gaat herstel vóór vergoeding en door de benadeelde te nopen tot schadebeperking komt dit uitgangspunt tot zijn recht.²⁷ In het sociaal recht sturen de re-integratieverplichtingen aan op herstel, waarbij feitelijk herstel in de oude situatie het primaire doel is. Door voorspoedig herstel van zieke werknemers blijven de kosten van de sociale zekerheid beheersbaar.

De 'redelijkheid' vervult zowel bij de schadebeperkingsplicht als bij de verplichting om passende arbeid te verrichten een belangrijke rol. In het kader van de schadebeperkingsplicht worden van de benadeelde slechts inspanningen verwacht die in redelijkheid van hem geleverd kunnen worden.²⁸ UWV hanteert bij de aanvraag voor de WIA-uitkering de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter²⁹ om de verrichte re-integratie-inspanningen van werkgever en werknemer te beoordelen. Bestudering van de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter leert dat meer dan het redelijke niet van werkgever en werknemer wordt gevraagd. Van belang is wel dat de 'redelijkheid' tot een andere uitkomst kan leiden al naar gelang de context waarin de vraag naar de redelijkheid wordt gesteld.

De beantwoording van de vraag welke inspanningen in het kader van de schadebeperkingsplicht van een benadeelde verlangd kunnen worden, is in sterke mate afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Om te kunnen beoordelen of van een slachtoffer in dit kader geleverd kan worden passende arbeid te verrichten, zijn aspecten van belang zoals de leeftijd, de opleiding, de capaciteiten, het arbeidsverleden, de aard en de haalbaarheid van andere werkzaamheden en de aard van het letsel.³⁰ Ook de beantwoording van de vraag of arbeid passend is in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij vergelijkbare aspecten een rol spelen. Om te beoordelen of arbeid als passend kan worden aangemerkt, dient gekeken te worden naar het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe de werknemer nog in staat is.³¹ In dit opzicht lijkt er weinig verschil te bestaan tussen de verplichting om de schade te beperken door middel van het verrichten van passende arbeid en de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten. Keirse komt echter na een inventarisatie van rechtspraak tot de conclusie dat in het kader van de schadebeperkingsplicht tevens waarde toekomt aan omstandigheden zoals 'het milieu waarin het slachtoffer verkeert, zijn levenswijze en zijn persoonlijkheid'.³² Dat dergelijke omstandigheden een rol spelen, lijkt mij juist, nu deze omstan-

21 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 3 en Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, Stcrt. 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd.

22 B. Barentsen, Voor de poort van de WAO – De Wet verbetering poortwachter en de toegang tot de WAO, SMA 2003, p. 455.

23 Art. 7:629 lid 3 BW en art. 7:670 lid 1 sub a jo. art. 7:670b lid 3 BW. De verplichting om passende arbeid te verrichten, kan worden gezien als complement van de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever: Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 9-10.

24 Kamerstukken I 2001/02, 27 678, nr. 37a, p. 18 en P. Willems, Vier jaar wettelijke re-integratieplicht van de werknemers, Arbeidsrecht 2006, p. 10-11.

25 Art. 7:629 lid 11 BW.

26 Art. 6 WIA. Zie ook: Wet TBA, Stb. 1993, 412 en B. Barentsen & J.M. Fleuren-van Walssem, Wet verbetering poortwachter, Deventer: Kluwer 2002, p. 35.

27 Zie ook: A.L.M. Keirse, Noot bij: Rb. Dordrecht 18 oktober 2006, JA 2007, 13.

28 Bloembergen 1965, p. 402, Keirse 2003, p. 117 en HR 5 oktober 1979, NJ 1980, 43 (Tauber/Verhey).

29 Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, Stcrt. 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd.

30 Keirse 2009, p. 8-9 en HR 14 december 2007, LJN BB8658, conclusie A-G.

31 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 20.

32 Keirse 2002, p. 78 en Keirse 2009, p. 9.

digheden recht doen aan de slachtoffervriendelijke uitgangspunten uit het aansprakelijkheidsrecht. Deze omstandigheden zijn echter bij de beantwoording van de vraag of arbeid als passend kan worden aangemerkt in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW, in beginsel niet van belang. Zij kunnen dus worden geacht een verschil te belichamen tussen de arbeidsrechtelijke en aansprakelijkheidsrechtelijke re-integratieplicht.

Dat omstandigheden zoals het milieu van het slachtoffer een rol spelen bij de schadebeperkingsplicht, is te verklaren vanuit het gegeven dat terughoudendheid dient te worden betracht bij de te verlangen inspanningen van de benadeelde. In dit opzicht verschilt de schadebeperkingsplicht van de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten. Bij de beantwoording van de vraag wat in het kader van de schadebeperkingsplicht redelijkerwijs van de benadeelde gevergd kan worden, dient niet uit het oog te worden verloren dat het nu juist de aansprakelijke is, die de benadeelde in de situatie heeft gebracht waarin hij tot schadebeperking gehouden is.³³ De keuzevrijheid van het slachtoffer brengt met zich dat hij zijn leven naar eigen inzicht en wens dient in te kunnen richten.³⁴ Dijkshoorn heeft opgemerkt dat dit zeker ook geldt 'voor het nieuwe leven dat de geaedeerde heeft te leven na het ongeval'.³⁵

Het begrip 'passende arbeid' kan derhalve in het aansprakelijkheidsrecht een andere inhoud hebben dan in het arbeidsrecht. Het begrip zal in deze bijdrage in beide betekenissen worden gebruikt.

Daarnaast speelt het aansprakelijkheidsrechtelijke leerstuk van de ruime toerekening een belangrijke rol. Bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel, worden de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen aan de dader toegerekend, ook al zijn die gevolgen door die predispositie ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachting ligt.³⁶ En in het kader van de schadebeperkingsplicht zullen de persoonlijkheidsstructuur en privémoelijkheden van de benadeelde mede in aanmerking worden genomen.³⁷ Als iemand door moeilijkheden in de privésfeer niet re-integreert, houdt dit dus in beginsel geen schending van de schadebeperkingsplicht in. Ook in dit opzicht lijkt de schadebeperkingsplicht te verschillen van de verplichting om passende arbeid te verrichten. Het arbeidsrecht komt een zieke werknemer bij wie een persoonlijke predispositie aanwezig wordt geacht, waarschijnlijk

niet in dezelfde mate tegemoet als het aansprakelijkheidsrecht.³⁸

De verschillen tussen de arbeidsrechtelijke en aansprakelijkheidsrechtelijke re-integratieverplichtingen kunnen worden verklaard door het feit dat zij verschillende doelen dienen. De arbeidsrechtelijke re-integratieverplichtingen zijn in de eerste plaats in de wet opgenomen om volume en kosten van de sociale zekerheid te beheersen.³⁹ Bij de schadebeperkingsplicht is 'slechts' het financiële belang van de aansprakelijke partij, die nu juist de schade heeft veroorzaakt, in het geding.⁴⁰

4.2 Rechtspraak

Ook de rechter heeft al vaker een oordeel gegeven over de vraag of een benadeelde zijn inkomensschade had moeten beperken door het verrichten van passende arbeid.⁴¹ Zo oordeelde de Rechtbank Zwolle dat de benadeelde in het kader van de schadebeperkingsplicht dient mee te werken aan re-integratiepogingen, al dan niet in het kader van de socialezekerheidswetgeving.⁴² In deze zaak was echter niet gebleken dat de benadeelde op dit punt tekort zou zijn geschoten. Uit een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam betreffende een benadeelde die systematisch had geweigerd zich in te spannen om zijn situatie te verbeteren, blijkt dat het niet verrichten van de sollicitatie- en integratie-inspanningen die van een benadeelde verwacht mochten worden, leidt tot een schending van de schadebeperkingsplicht.⁴³ De Rechtbank Dordrecht kwam tot het oordeel dat een benadeelde die geen gebruik heeft gemaakt van enige vorm van bemiddeling voor het vinden van passende arbeid omdat zij vond dat zij niet kon werken, niet had voldaan aan de schadebeperkingsplicht, nu zij had kunnen voorkomen dat zij geen inkomsten uit arbeid meer zou genereren.⁴⁴

De Rechtbank Breda besliste dat voor zover in de feitelijke situatie na ongeval sprake is van restverdiencapaciteit in het kader van de schadebeperkingsplicht, van een benadeelde mag worden verwacht dat deze zich ervoor inzet daadwerkelijk overeenkomstig die restverdiencapaciteit inkomen te verwerven.⁴⁵ Met betrekking tot de vrouwelijke benadeelde uit deze zaak overweegt de rechtbank dat indien sprake is van zodanige restverdiencapaciteit, in beginsel van haar mag worden verwacht dat zij de bereidheid heeft ook andere werkzaamheden te verrichten dan die van haar oorspronkelijke beroep. Indien benadeelde

33 Zie noot 11.

34 HR 14 december 2007, LJN BB8658, conclusie A-G en T. Hartlief, Flexibiliteit en mobiliteit in het schadevergoedingsrecht, WPNR 2008, p. 842. Zie ook Keirse 2009, p. 10.

35 W. Dijkshoorn, Keuzevrijheid op het grensvlak tussen vermogensschade en ander nadeel, TVP 2007, p. 69.

36 HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 (Joe/Chicago Bridge), HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 (Henderson/Gibs) en HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg).

37 HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 (Henderson/Gibs) en HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg).

38 W.H. van Boom, De gevolgen van Poortwachter voor de civiele letselschadepraktijk, NJB 2004, p. 933. Zie ook: Akkermans 2003, p. 96-98 en D.M. Gouweloos & H. Lebbing, WAO-voorbehoud. Hof Arnhem 21 december 2004, rolnr. 2003/599, TVP 2005, p. 107.

39 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 1.

40 Zie ook: Hartlief 2008, p. 842.

41 De hierna besproken jurisprudentie ziet echter niet specifiek op de vraag of een benadeelde zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden door een schending van zijn re-integratieverplichtingen in de eerste twee ziektejaren.

42 Rb. Zwolle 7 december 2005, JA 2006, 28.

43 Ktr. Rotterdam 28 maart 2008, JA 2008, 106. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze uitspraak: Keirse 2009.

44 Rb. Dordrecht 18 oktober 2006, JA 2007, 13 m.nt. A.L.M. Keirse.

45 Rb. Breda 27 februari 2008, LJN BC5872. Zie ook: Rb. Rotterdam 2 augustus 2006, LJN AY6470.

bepaalde werkzaamheden niet wil verwerven en verrichten, waarvan in rechte moet worden aangenomen dat zij die wel zou kunnen verwerven en verrichten terwijl dat in redelijkheid ook van haar geveerd kan worden, kan dat betekenen dat schade als gevolg daarvan niet voor rekening van de aansprakelijke partij dient te worden gebracht.

Het is overigens van belang om in het oog te houden dat restverdiencapaciteit in het aansprakelijkheidsrecht een eigen betekenis heeft. Deze betekenis verschilt van de in paragraaf 3 besproken betekenis van restverdiencapaciteit in het socialezekerheidsrecht.⁴⁶

De uitspraak van het Hof Amsterdam van 2 maart 2000 is tevens vermeldenswaardig.⁴⁷ Het hof gaat mee met de opvatting van de aansprakelijke partij, dat persoonlijke voorkeuren die de benadeelde vóór het ongeval had met betrekking tot werktijden, woon-werkafstand, type van werk en dergelijke niet ongewijzigd als uitgangspunt dienen te gelden bij de beantwoording van de vraag welke werkzaamheden de benadeelde in de door het ongeval ontstane situatie redelijkerwijs zal dienen te aanvaarden.

Het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2007 is met name interessant vanwege de conclusie van de A-G.⁴⁸ Door whiplashklachten kon de benadeelde haar baan als wijkverpleegkundige niet langer op fulltime basis uitoefenen. In plaats daarvan werkte zij slechts 24 uur per week. Zij ontving aanvankelijk een AAW/WAO-uitkering op de voet van 80-100% arbeidsongeschiktheid, later op de voet van 45-55%, en uiteindelijk was de uitkering helemaal ingetrokken. De vraag was of de WAM-verzeekeraar van haar kon verlangen dat zij, ter beperking van haar schade, veranderde van werkkring en werk ging doen waarin zij wel op fulltime basis zou kunnen functioneren. De A-G was van mening dat de beantwoording van de vraag of een letselschadeslachtoffer gehouden is om andere werkzaamheden te verrichten, geschiedt op de grondslag van de redelijkheid en billijkheid. De A-G overwoog:

‘Bij wat de redelijkheid en de billijkheid meebrengen, spelen de omstandigheden van het geval een belangrijke rol, in het bijzonder de leeftijd, de genoten opleiding, de aard en duur van de werkzaamheden die vóór het letsel werden verricht en de aard en haalbaarheid van andere werkzaamheden. Bij de weging van de omstandigheden zijn verder de volgende gezichtspunten in aanmerking te nemen. In de eerste plaats geldt dat de benadeelde tegen zijn wil in de hem nadeel berokkenende positie wordt gebracht door een gebeuren, waarvoor een ander aansprakelijk is te houden. Daar komt verder nog bij dat, zoals aan een ieder, ook aan de benadeelde in beginsel de vrijheid toekomt om zijn leven naar eigen inzicht en wens in te richten. Genoemde gezichtspunten

brengen mee dat een zekere mate van terughoudendheid is te betrachten met het trekken van de conclusie dat een benadeelde moet overgaan tot het verrichten van andere werkzaamheden teneinde schade ten behoeve van de aansprakelijke persoon zoveel mogelijk te beperken. Die terughoudendheid kan, naar het voorkomt, bijvoorbeeld hieruit bestaan dat men de benadeelde, bij wie al blijvend restverschijnselen van een ongeval aanwezig zijn, niet gehouden acht andere werkzaamheden op te pakken, in het geval dat de kans reëel is dat de benadeelde er niet in zal slagen die werkzaamheden met succes op te pakken en hij daardoor nog meer verlies van arbeids- en levensvreugde oploopt.’⁴⁹

De Hoge Raad verwierp het ingestelde beroep met toepassing van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) en hield daarmee het oordeel van het hof, dat de keuze van de benadeelde om het werk van vóór het ongeval in een parttime dienstverband voort te zetten in de gegeven omstandigheden redelijk is, in stand. Het hof nam bij zijn oordeel onder meer in aanmerking dat het risico aanwezig en reëel is dat de benadeelde niet in staat zal blijken te zijn de gesuggereerde andere functies als doktersassistente, EEG- of ECG-assistente en dergelijke zonder problemen op fulltime basis te vervullen.

Het predispositieleerstuk kan een belemmering vormen voor het oordeel dat de schadebeperkingsplicht ingevuld dient te worden door de verplichting om passende arbeid te verrichten. Dit laat zich mooi illustreren aan de hand van een uitspraak van de Rechtbank Den Bosch.⁵⁰ Bij de benadeelde uit deze zaak zat een hoog streefniveau ‘ingebakken’ in zijn persoonlijkheid. Dit hoge streefniveau was echter niet meer haalbaar vanwege beperkingen ten gevolge van een hem overkomen ongeval, waarvoor aansprakelijkheid was erkend. De persoonlijkheidsstructuur van de benadeelde verhinderde dat hij duurzaam werkzaam kon zijn op een lager streefniveau dat wel reëel was gezien de beperkingen. Bij de benadeelde was geen sprake van een gebrekkige motivatie. Met toepassing van het predispositieleerstuk konden de arbeidsdeskundige gevolgen dan ook in redelijkheid worden toegerekend aan het ongeval en was schending van de schadebeperkingsplicht niet aan de orde.

Ook het Hof Arnhem besliste dat schade wegens verlies aan verdienvermogen van een slachtoffer in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt, indien succesvolle re-integratie in het arbeidsproces uitblijft ten gevolge van de bijzondere persoonlijkheidsstructuur van het slachtoffer of diens privéproblemen.⁵¹ Conform de jurisprudentie van de Hoge Raad is dit volgens het hof slechts anders wanneer er sprake is van bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer het slachtoffer zich – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur en zijn privéproblemen – onvoldoende inspant om het re-integratieproces te doen slagen.

46 Zie ook: H.W.P.B. Taminiau, S.F.H. Jellinghaus & E. Schouten, Van WAO naar WIA: de betekenis voor de personenschadepraktijk, Arbeid integraal 2005/3, p. 56-57.

47 Hof Amsterdam 2 maart 2000, NJkort 2000, 32.

48 HR 14 december 2007, LJN BB8658, conclusie A-G.

49 Zie voor een vergelijkbaar oordeel: Rb. Zutphen 29 april 2009, LJN BI7728.

50 Rb. Den Bosch 11 oktober 2006, JA 2006, 155.

51 Hof Arnhem 9 augustus 2005, JA 2005, 83.

De besproken rechtspraak illustreert dat een slachtoffer ook in het kader van de schadebeperkingsplicht gehouden kan zijn om te re-integreren. Daarbij lijkt niet altijd een rol weggelegd voor de bij de schadebeperkingsplicht te betrachten terughoudendheid. Indien er bij de benadeelde sprake is van een relevante predispositie bestaat de mogelijkheid dat niet wordt verlangd dat het slachtoffer passende arbeid verricht.

5. Vormt de verplichting om passende arbeid te verrichten een wenselijke invulling van de schadebeperkingsplicht?

5.1 Mogelijke gevolgen van de bestaande verschillen

Zoals reeds vermeld, kan de werkgever in het geval dat de werknemer de verplichting om passende arbeid te verrichten niet nakomt, de loonbetaling aan de werknemer stopzetten. De werknemer verliest bij een weigering om passende arbeid te verrichten tevens de bescherming van het opzegverbod bij ziekte. Wanneer de werknemer zijn loonaanspraken of baan verliest, brengt dit financiële schade met zich. Indien de schadebeperkingsplicht niet overeenkomt met de re-integratieverplichtingen die in het kader van het arbeidsrecht op de werknemer rusten, kunnen de financiële gevolgen van een schending van de verplichting om passende arbeid te verrichten, worden afgewenteld op de aansprakelijke derde.⁵² Dit kan het falen van het re-integratietraject in de hand werken.

Wanneer re-integratie van de werknemer uitblijft, wordt de schadelast van de aansprakelijke partij groter. Re-integratie is tevens in het belang van de benadeelde. 'Deelname aan het arbeidsproces zorgt niet alleen voor inkomen, maar zal veelal ook een positieve bijdrage leveren aan de levenskwaliteit, althans in vergelijking tot de situatie waarin men niet werkt.'⁵³ Hulleman – register-arbeidsdeskundige – is van mening dat de meeste slachtoffers 'niet zitten te wachten op uitsluitend een financiële genoegdoening. Zij willen het liefst zo snel mogelijk hun leven weer oppakken.'⁵⁴ Ook Van merkt naar mijn mening terecht op: 'arbeidsongeschiktheid betekent vaak niet alleen minder inkomen, maar ook verlies van status, identiteit en gevoel van eigenwaarde'.⁵⁵ Gezien het gegeven dat de schadebeperkingsplicht falen van de re-integratie in de hand kan werken, indien de schadebeperkingsplicht niet wordt ingevuld door de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten, kan invulling wenselijk zijn.

Echter, ook het omgekeerde scenario geldt. Zoals Van Boom stelt: 'bij een geslaagd re-integratieproces plukt de derde aansprakelijke de vruchten van het werk van anderen.'⁵⁶ Indien de

werknemer, door de strenge re-integratieverplichtingen die hij in het arbeidsrecht dient na te komen, spoedig re-integreert, blijft de schadelast van de derde beperkt. Invulling van de schadebeperkingsplicht door de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten, houdt in dat de benadeelde ook jegens de aansprakelijke derde verplicht zou zijn om passende arbeid in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW te verrichten.

Van belang is echter dat terughoudendheid moet worden betracht bij de in het kader van de schadebeperkingsplicht te verlangen inspanningen. Het lijkt onwenselijk om aan te nemen dat een benadeelde zonder meer gehouden is om in het kader van schadebeperkingsplicht passende arbeid in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW te verrichten. Het is immers de dader die de benadeelde in de positie heeft gebracht waarin hij tot schadebeperking gehouden is.

5.2 Het regresrecht van de werkgever

Bij de vraag of de schadebeperkingsplicht dient te worden ingevuld door de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten, is ook het regresrecht van de werkgever van belang. De werkgever heeft de verplichting om de werknemer te re-integreren. Dit brengt voor hem aanzienlijke kosten met zich. Indien een derde aansprakelijk is voor de ziekte van de werknemer, komen de kosten van de re-integratie bij deze partij te liggen. Dit is geregeld in artikel 6:107a BW.⁵⁷

Sinds kort bepaalt artikel 6:107a lid 3 BW dat de aansprakelijke partij verplicht is tot vergoeding van de door de werkgever gemaakte 'redelijke' kosten ter nakoming van zijn in artikel 658a van Boek 7 BW bedoelde verplichtingen. Daarmee is buiten twijfel gesteld dat de aansprakelijke partij verplicht is tot vergoeding van iedere verplicht genomen re-integratiemaatregel.⁵⁸ Van belang is dat de 'redelijkheid' uit lid 3 van artikel 6:107a BW slechts op de hoogte van de met de maatregel gemoeide kosten ziet en niet op de maatregel zelf.⁵⁹

Voor het verloop van het re-integratietraject is van belang welke re-integratie-inspanningen redelijkerwijs van de werkgever gevegd kunnen worden.⁶⁰ Van de werkgever kan in het kader van de re-integratie van een zieke werknemer meer worden gevegd wanneer hij de kosten van de re-integratiemaatregelen vergoed kan krijgen. Dit volgt onder andere uit het arrest Goldsteen/Roeland.⁶¹ In dit arrest bood vrachtwagenchauffeur Goldsteen aan om zijn werkzaamheden te hervatten met inscha-

52 Zie ook: Van Boom 2004, p. 934 en S. Klose, Vergoeding als noodverband?, AV&S 2003, p. 32.

53 T. Hartlief, Arbeidsreïntegratie en resocialisatie. Een enkele inleidende opmerking, TVP 2001, p. 60.

54 J. Hulleman, De toegevoegde waarde van de arbeidsdeskundige bij reïntegratie na letsel, TVP 2001, p. 76.

55 A.J. Van, Arbeidsreïntegratie: een zaak van slachtoffers én hun belangenbehartigers, TVP 2001, p. 78.

56 Van Boom 2004, p. 934.

57 Stb. 2008, 199.

58 Kamerstukken II 2006/07, 31 087, nr. 3, p. 3.

59 Kamerstukken II 2006/07, 31 087, nr. 3, p. 4. Zie ook: E.F.D. Engelhard, Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het voorontwerp Inkomensschade en het wetsvoorstel Re-integratiekosten, Verkeersrecht 2008, p. 4.

60 HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haren/Cehave), HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland) en Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, Stcrt. 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd: 'De werkgever moet adequate re-integratie-inspanningen leveren en de werknemer moet daaraan meewerken, voor zo ver dat redelijkerwijs van beiden kan worden gevegd.'

61 HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland).

keling van een rijder voor het tillen. De rechtbank had volstaan met het oordeel dat de werkgever erop had gewezen dat hij nimmer met rijders werkt. De Hoge Raad besliste dat het oordeel van de rechtbank onjuist was. De rechtbank had, gezien hetgeen Goldsteen daaromtrent in hoger beroep had gesteld, aandacht moeten besteden aan de mogelijkheid voor Roeland om op de voet van artikel 57a Algemene arbeidsongeschiktheidswet (AAW) een bijdrage in de kosten van een rijder te verkrijgen. De Beleidsregels beoordelingskader poortwachter bepalen tevens: 'naarmate de mogelijkheid tot herplaatsing minder financiële belasting voor de bedrijfsvoering met zich brengt, mag deze eerder van de werkgever verlangd worden. Ook een eventuele mogelijkheid tot vergoeding van de kosten is een relevante factor.'⁶² Derhalve kan van de werkgever in het kader van de re-integratie van de werknemer meer worden gevergd wanneer een aansprakelijke derde op grond van de nieuwe regresbepaling de kosten van het re-integratietraject op zich dient te nemen.

Volgens de minister zal de werkgever, wetende dat hij de met de re-integratie gemoeide kosten kan verhalen, ook eerder bereid zijn om zich voor de re-integratie van zijn werknemer in te zetten.⁶³ De aansprakelijke partij dient te betalen voor een re-integratietraject waarin van de werkgever meer gevergd kan worden dan wanneer er geen sprake is van een aansprakelijke (betalende) derde. Een dergelijk re-integratietraject kan duurder uitvallen. In de volgende paragraaf zal ik uiteenzetten waarom een duurder re-integratietraject gerechtvaardigd is wanneer er voor de ziekte van de werknemer een derde aansprakelijk is, en waarom het gegeven dat de benadeelde een duurder re-integratietraject kan doorlopen, pleit vóór de invulling van de schadebeperkingsplicht door de arbeidsrechtelijke verplichting om te re-integreren.

Met de recente invoering van artikel 6:107a lid 3 BW heeft de wetgever ervoor gekozen dat de redelijke kosten van iedere verplicht genomen re-integratiemaatregel vergoed dienen te worden door de aansprakelijke derde.⁶⁴ De ratio van deze verplichting is onder andere dat deze maatregelen een schadebeperkende werking hebben.⁶⁵ Echter, wanneer de benadeelde zich vervolgens onttrekt aan de re-integratieverplichtingen omdat hij van mening is dat de re-integratie-inspanningen meer van hem verlangen dan in het kader van de schadebeperkingsplicht van hem gevergd kan worden, bestaat de kans dat de aansprakelijke partij tevens opdraait voor de arbeidsvermogensschade die dit gedrag tot gevolg heeft. Dat de kosten die gemoeid zijn met de verplicht genomen re-integratiemaatregelen voor vergoeding in aanmerking komen, betekent niet dat de benadeelde ook tegenover de aansprakelijke partij in het kader van de schadebeperkingsplicht verplicht is om zijn re-integratieverplichtingen na te komen.

Schadebeperkende maatregelen die voor vergoeding door de aansprakelijke partij in aanmerking komen, vallen niet samen met de maatregelen die in het kader van de schadebeperkingsplicht van de benadeelde verlangd worden.⁶⁶ Dat de wetgever ervoor heeft gekozen dat de aansprakelijke partij dient te betalen voor de re-integratiemaatregelen, vormt echter wel een aanwijzing dat een benadeelde in het kader van de schadebeperkingsplicht gehouden is om passende arbeid in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW te verrichten. Artikel 6:107a lid 3 BW vormt een complement van de schadebeperkingsplicht.⁶⁷ Het zou een merkwaardige figuur opleveren wanneer de aansprakelijke partij moet betalen voor maatregelen waar een benadeelde zich aan mag onttrekken. Dit zou tevens in strijd zijn met de ratio van artikel 6:107a lid 3 BW.

Het kan waardevol zijn wanneer de verzekeraar van de aansprakelijke partij niet slechts betaalt voor het re-integratietraject, maar daarin tevens een actieve rol neemt. Er zijn reeds verzekeraars die dit standpunt onderschrijven. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 2 juni 2008, waarin de verzekeringsmaatschappij RVS zich op het standpunt stelde in haar belangen te zijn geschaad doordat de benadeelde haar onvoldoende had betrokken bij het door UWV begeleid re-integratietraject. Volgens de rechtbank had RVS echter niet onderbouwd dat bemoeienis tot een beter betaalde baan zou hebben geleid.⁶⁸ De verzekeraar heeft volgens de Rechtbank Dordrecht geen verplichting om het re-integratietraject te begeleiden.⁶⁹ In de Gedragscode Verzekeraars is de volgende ambitie opgenomen: 'Omdat voorkomen beter is dan genezen, zetten wij in samenwerking met anderen onze kennis en middelen in ter bevordering van een goede schadepreventie.'⁷⁰ Westerhof – letselschadebehandelaar bij Achmea – geeft als voorbeeld de vaker voorkomende situatie waarin een slachtoffer door wachttijstbemiddeling sneller een medische behandeling kan ondergaan en dus ook sneller kan re-integreren.⁷¹ Wellicht dat de verzekeraar ook op andere fronten een waardevolle bijdrage kan leveren aan de re-integratie.⁷²

Voor de verzekeraar kan het beperken van de schadelast een belangrijke motivatie zijn om te interveniëren in het re-integratietraject. Wanneer re-integratie faalt, en de werknemer in het kader van zijn schadebeperkingsplicht daarvan geen verwijt kan worden gemaakt, zal dit de schadelast vergroten.⁷³ Wanneer de verzekeraar een bijdrage levert aan het re-integratietraject, blijft de zeggenschap omtrent de te nemen re-integratiemaatregelen in handen van de werkgever en de werknemer. Artikel 6:107a

62 Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, Stcrt. 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd. Zie ook: Asscher-Vonk e.a., De zieke werknemer, Deventer: Kluwer 2007, p. 207.

63 Kamerstukken II 2006/07, 31 087, nr. 3, p. 3.

64 Stb. 2008, 199.

65 Kamerstukken II 2006/07, 31 087, nr. 3, p. 3.

66 Keirse 2003, p. 284.

67 Zie ook: Keirse 2003, p. 295.

68 Rb. Arnhem 2 juli 2008, LJN BD7643.

69 Rb. Dordrecht 18 oktober 2006, JA 2007, 13. De rechtbank overwoog in deze zaak: 'Het is niet aan opposant, dan wel aan zijn WAM-verzekeraar, geopposeerde te begeleiden bij het zoeken naar een passende functie.'

70 Van Boom is echter van mening dat ondanks dit gegeven voor de verzekeraar geen rol als casemanager is weggelegd. Zie: Van Boom 2004, p. 935.

71 M.A.M. Westerhof, Ontzorgen bij letselschade helpt, TVP 2007, p. 130.

72 Zie ook: J.F.M. Hennekam & W.S. de Vries, Reintegratie van slachtoffer van letselschaden door de aansprakelijkheidsverzekeraar, TVP 2001, p. 83.

73 Zie ook: Van 2001, p. 81.

lid 3 BW belet dat de verzekeraar zeggenschap toekomt over de relevantie van de te nemen maatregelen.⁷⁴

5.3 *Slachtoffervriendelijke uitgangspunten*

In het kader van de schadebeperkingsplicht dient terughoudendheid te worden betracht bij de van de benadeelde te verlangen inspanningen. Deze terughoudendheid kan als argument worden gebruikt tegen de stelling dat een benadeelde in het kader van de schadebeperkingsplicht gehouden is om passende arbeid in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW te verrichten. In deze paragraaf bespreek ik waarom de te betrachten terughoudendheid toch in beginsel geen belemmering vormt voor re-integratie van de werknemer.

De re-integratieverplichtingen lijken in de eerste plaats in de wet te zijn opgenomen om volume en kosten van de sociale zekerheid beheersbaar te houden.⁷⁵ De verplichtingen uit het domein van de sociale zekerheid kunnen dan ook niet zonder meer te gelden hebben in het aansprakelijkheidsrecht. Re-integratie staat echter in dienst 'van het belangrijkste doel van het schaderegelingsproces: dat benadeelde zoveel mogelijk wordt gebracht in de toestand zoals deze zonder ongeval zou hebben bestaan'.⁷⁶

Invulling van de schadebeperkingsplicht door de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten, betekent niet dat de slachtoffervriendelijke uitgangspunten waar het aansprakelijkheidsrecht nu juist door gekenmerkt wordt, aan de kant kunnen worden geschoven. Bij de van de benadeelde te verlangen inspanningen dient, in het kader van de schadebeperkingsplicht, terughoudendheid te worden betracht, nu juist de aansprakelijke partij het slachtoffer in de situatie heeft gebracht waarin hij tot schadebeperking gehouden is.⁷⁷

In de literatuur wordt gewezen op het belang van keuzevrijheid van de benadeelde. De aansprakelijke partij dient het slachtoffer geen ander leefpatroon op te dringen.⁷⁸ Om te kunnen bepalen of arbeid voor een benadeelde als 'passend' kan worden aangemerkt, spelen gezichtspunten zoals het arbeidsverleden en de opleiding een belangrijke rol.⁷⁹ In zoverre wordt de werknemer niet verplicht om geheel andere arbeid te gaan verrichten dan voorheen. De benadeelde wordt door de verplichting om passende arbeid te verrichten in veel gevallen geen ander leefpatroon opgedrongen.

Bij de beantwoording van de vraag of van een slachtoffer gevergd kan worden om passende arbeid te verrichten, spelen in het kader van de schadebeperkingsplicht omstandigheden zoals 'het milieu waarin het slachtoffer verkeert, zijn levenswijze en zijn persoonlijkheid' een rol.⁸⁰ Deze omstandigheden spelen in beginsel

geen rol bij de beantwoording van de vraag of arbeid in het kader van de re-integratie als 'passend' kan worden aangemerkt. Ik ben van mening dat een benadeelde in het kader van de schadebeperkingsplicht niet zonder meer passende arbeid in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW dient te verrichten. Dat zou tekortdoen aan de slachtoffervriendelijke uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht. Het is echter evenzeer onwenselijk dat een slachtoffer niet re-integreert waar dat wel mogelijk is. Indien de schadebeperkingsplicht niet wordt ingevuld door de verplichting om passende arbeid te verrichten, kan dit het falen van de re-integratie in de hand werken. Ik bepleit daarom de mogelijkheid van een 'luxe' re-integratietraject, waarin het begrip 'passende arbeid' een contextgerelateerde, slachtoffervriendelijke invulling krijgt.

Zoals besproken, leidt het gegeven dat voor de ziekte van een werknemer een derde aansprakelijk is, ertoe dat van de werkgever in het kader van de re-integratie meer gevergd kan worden omdat de aansprakelijke derde op grond van de nieuwe regresbepaling (art. 6:107a lid 3 BW) betaalt voor de re-integratie.⁸¹ Dat betekent dat een 'luxe' re-integratietraject gerechtvaardigd kan zijn. Ik doel daarmee op een re-integratietraject waarbij de mogelijkheid bestaat om meer waarde te hechten aan aspecten zoals het milieu waar het slachtoffer in verkeert, zijn levenswijze en zijn persoonlijkheid. Er wordt rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer. Dit 'luxe' re-integratietraject kan eraan bijdragen dat het slachtoffer zo veel mogelijk wordt teruggebracht in de oude situatie. Het re-integratietraject van een letselschadeslachtoffer dient er in de eerste plaats op gericht te zijn dat de werknemer zijn oude functie weer kan verrichten. Wanneer dit echter niet langer mogelijk is, dient te worden gezocht naar een geschikte passende functie die dicht tegen de oorspronkelijke arbeid en/of de wensen van het slachtoffer aan ligt. Het is mogelijk dat de werkgever wijzigingen in de bedrijfsvoering doorvoert of dat een werknemer wordt omgeschoold. Het re-integratietraject kan ook langer duren. De kans op een succesvolle re-integratie is groter wanneer rekening wordt gehouden met de behoeften en wensen van het slachtoffer.⁸² Dit geeft tevens keuzevrijheid aan de benadeelde.

Er is echter ook een grens. Ook in een 'luxe' re-integratietraject kunnen niet alle wensen van het slachtoffer worden gehonoreerd. Van de werkgever kan meer worden gevergd, maar meer dan het redelijke wordt niet verlangd. De redelijkheid zal wel een andere invulling krijgen nu een derde de kosten van het re-integratietraject op zich neemt. Het is van belang dat een 'luxe' re-integratietraject van meerwaarde is voor zowel de werknemer als de aansprakelijke derde. Wanneer een werknemer sneller weer aan de slag gaat, blijft de schadelast beperkt.

Indien een aansprakelijke partij betaalt voor een 'luxe' re-integratietraject van de werknemer staat hier tegenover dat een let-

74 Engelhard 2008, p. 4.

75 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 1.

76 Hennekam & De Vries 2001, p. 81.

77 Zie noot 11.

78 N. Frenk, Naar echte eigen schuld?, AV&S 2006, p. 43 en T. Hartlief, Prognoses in het personenschaderecht, AV&S 2005, p. 166. Zie ook Dijkshoorn 2007, p. 69.

79 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 20.

80 Keirse 2002, p. 78.

81 HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland) en Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, Stcrt. 2002, 236, zoals sindsdien gewijzigd.

82 Hulleman 2001, p. 77.

selschadeslachtoffer in beginsel gehouden is om de ‘passende arbeid’, waar het traject op gericht is, te verrichten. Er wordt terughoudendheid betracht bij de van de benadeelde te verlangen inspanningen, nu hij een door de aansprakelijke partij betaald re-integratietraject doorloopt, dat verschilt van het re-integratietraject van de gemiddelde zieke werknemer.

Overigens is het wenselijk dat in dit scenario de verrichte inspanningen in het kader van de schadebeperkingsplicht niet uitsluitend achteraf worden beoordeeld. De betrokken partijen dienen al in een vroeg stadium afspraken te maken.⁸³ Er kan dan tevens worden gezien op welke punten de aansprakelijkheidsverzekeraar een bijdrage kan leveren aan de re-integratie.

Ik gaf aan waarom de slachtoffervriendelijke uitgangspunten uit het aansprakelijkheidsrecht in beginsel geen belemmering vormen om van een benadeelde te vergen ‘passende arbeid’ te verrichten, wanneer passende arbeid een contextgerelateerde invulling krijgt. Dit ligt mogelijk anders wanneer er bij de benadeelde sprake is van een relevante predispositie. Nader onderzoek naar de reikwijdte van de verplichting om door middel van het verrichten van passende arbeid de schade te beperken in de context van het predispositieleerstuk, is wenselijk.⁸⁴

6. Conclusie

Bestudering van de schadebeperkingsplicht en de arbeidsrechtelijke verplichting om passende arbeid te verrichten, leert dat de beide verplichtingen in grote lijnen overeenkomen. Beide worden begrensd door de ‘redelijkheid’ en vergelijkbare omstandigheden spelen een rol bij de te verlangen inspanningen van de benadeelde. Tevens dragen beide verplichtingen bij aan het herstel van het slachtoffer. Er zijn echter ook verschillen. Bij de te verlangen inspanningen in het kader van de schadebeperkingsplicht dient terughoudendheid te worden betracht. Aan het feit dat een derde aansprakelijk is voor de ziekte van een werknemer, kan uitdrukking worden gegeven in de vorm van een ‘luxe’ re-integratietraject, waarin de wensen en behoeften van het slachtoffer een belangrijkere positie innemen. Nu de aansprakelijke derde de kosten van het re-integratietraject op zich dient te nemen, kan in het kader van de re-integratie meer van de werkgever worden gevergd. Een benadeelde is in beginsel gehouden om de ‘passende arbeid’ waar dit luxere re-integratietraject op gericht is, te verrichten. Het begrip ‘passende arbeid’ wordt in dit geval nader ingekleurd door de context. Een open vraag is nog hoe de situatie moet worden geduid waarin er bij een benadeelde sprake is van een relevante predispositie. Mogelijk zou men dan kunnen zeggen dat van hem niet wordt verlangd dat hij ‘passende arbeid’ verricht. Een andere mogelijkheid is dat de predispositie op haar beurt het begrip ‘passende arbeid’ nader invult.

⁸³ Hulleman 2001, p. 76.

⁸⁴ Zie ook: Akkermans 2003, p. 95. Akkermans wijst erop dat ‘het maatschappelijk niet gewenst lijkt wanneer een al te grote discrepantie ontstaat met bijvoorbeeld de re-integratieverplichtingen van de zieke werknemer in het kader van de Wet verbetering poortwachter’.